

LA ACUSACIÓN EN COLOMBIA

*Ángela María Buitrago Ruiz**

Resumen: para abordar los problemas de la acusación se acude a otras figuras que incluye el derecho procesal colombiano. Afirmamos que no existe una regulación específica que se relacione con el retiro de la acusación y, por tanto, debemos acudir a los mecanismos que se puedan asimilar a un retiro de la acción penal por exclusión de la investigación o preclusión, y las previsiones del artículo 448 de la Ley 906 de 2004: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”; la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha utilizado esta terminología en sus autos, como se puede advertir en algunas decisiones a este respecto. De manera sistemática trataremos de resolver las siguientes cuestiones: 1) ¿una vez formulada la acusación ante el juez de conocimiento, puede el fiscal retirarla? 2) ¿La solicitud de la preclusión por parte del fiscal en juicio es un retiro de la acusación? 3) ¿Es factible solicitar la preclusión de la investigación (entendiendo por esta figura un retiro de acusación) ante el juez de conocimiento? 4) ¿Operan todas las causales de preclusión de investigación en etapa de juicio?

Palabras clave: acusación, retiro de la acusación, preclusión de la investigación y del proceso, causales.

* Doctora en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente de la Universidad Externado de Colombia. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal Colombiano e Iberoamericano. Correo electrónico: [angela_prien@yahoo.es]. Fecha de recepción: 11 de noviembre de 2011. Fecha de modificación: 24 de noviembre de 2011. Fecha de aceptación: 23 de diciembre de 2011.

THE INDICTMENT IN COLOMBIA

Abstract: To address these issues, we refer to other figures of the procedural law in Colombia. We assert that there is no specific regulation that relates to the withdrawal of the indictment and therefore, we must analyze the mechanisms that may resemble a withdrawal of prosecution estoppel as with investigation and to the provisions of Article 448 of the law 906: “the accused may not be convicted for acts that do not appear in the indictment, or for offenses for which conviction has not been requested,” since the same jurisprudence of the Supreme Court has used this terminology in their resolutions, as can be noted in some decisions in this regard. We will try to resolve the following questions: 1) Can the prosecutor withdraw having made the accusation before the trial judge, 2) Is the application of estoppel by the prosecutor at trial a withdrawal of the indictment? 3) Is it feasible to apply the preclusion of research (understanding in this figure a withdrawal of charges) to the trial judge? 4) Do they operate all the grounds for preclusion of research on trial?

Key words: Prosecution, withdrawal of the prosecution, preclusion of the investigation and prosecution, causal.

INTRODUCCIÓN

El proceso penal, previsto en la Ley 906 de 2004, tiene una serie de características que han sido moduladas a través de sus casi seis años de existencia por la doctrina, la jurisprudencia penal y la jurisprudencia constitucional. No obstante, para poder iniciar este estudio, y por lo que nos interesa en este pequeño espacio, debemos aseverar que el sistema acusatorio nace del principio dispositivo y por ello, como lo sostiene Borthwick, “los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que anhelan los particulares en aquellas cuestiones donde solo procuran dilucidar —con pretensiones y resistencias— un interés propio y privado”¹.

Como lo sosteníamos cuando apenas esbozábamos la reforma procesal penal², “el sistema se basa en una directa correlación entre acusación y decisión”. El interrogante u objeto de esta indagación radica, entonces, en determinar si en Colombia es posible retirar la acusación y, por ende, en qué momento y qué efectos tendría.

Recordemos que en Colombia la acusación tiene una naturaleza mixta:

a. La acción penal es una acción oficiosa de conformidad con el artículo 250 de la Constitución Nacional.

1 A. E. C. Borthwick. *Principios Procesales*, Argentina, Mave editor, 2003, p. 55.

2 A. Buitrago Ruiz. *La reforma procesal penal en Colombia Ley 906 de 2004*, Bogotá, Academia Colombiana de la Abogacía-Universidad Externado de Colombia, Editorial ABC, 2004, p. 81.

b. De parte —fiscal— que acude ante un juez de conocimiento para realizar una demanda, respecto de una pretensión, que materializa inicialmente en un escrito de acusación y posteriormente en una audiencia de formulación de acusación.

Esa acusación surge después de haber evaluado varios elementos que hacen determinar la existencia de un comportamiento ilícito, una posible responsabilidad de autores o partícipes. Es decir, en el derecho procesal penal colombiano *solo debe radicarse un escrito de acusación cuando se ha recolectado la evidencia que me demuestra la existencia de un delito y la correspondiente responsabilidad de quien ha sido residenciado en juicio.*

1. LA ACUSACIÓN

Para tratar el tema de la acusación debemos partir de una premisa clara y categórica: la Fiscalía, como órgano persecutor, *tiene la obligación y el deber de solicitar audiencia de acusación* cuando surjan elementos materiales probatorios que lleven a configurar un comportamiento típico y respecto de una persona de la cual surgen indicios de participación en su comisión.

En el sistema procesal colombiano no existe un control de la acusación, es más, ya de manera pacífica se ha aceptado que la acusación:

no puede ser cuestionada por el juez [...] La Fiscalía tiene asignada una titularidad de la acción penal, y en su condición de parte tiene unas obligaciones y responsabilidades que debe cumplir a partir del uso de una serie de facultades investigativas ejercidas de manera autónoma y responsable [...] el ejercicio de la acción penal es propio de la Fiscalía General de la Nación y la acusación como acto de parte ni tiene control judicial, ni en su confección participa el juez sugiriendo o señalando los delitos por los que procede, en tanto que depende exclusivamente de la investigación la cual es controlada por el fiscal³.

Dentro de este marco de diseño de política criminal podemos afirmar que es y será un acto de parte del fiscal hasta tanto lo presente ante el juez.

Ahora bien, después de la audiencia de formulación de acusación hay una decisión del juez de conocimiento, que si bien es cierto no controla la acusación hasta ese momento, sí dispone si es aceptada o no esa acusación de conformidad con las objeciones de las partes, y del cumplimiento de los requisitos de la misma, para continuar con la etapa subsiguiente.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto del 6 de mayo de 2009, radicado 31.538, M. P.: José Leonidas Bustos Martínez. Cfr. Definición de competencia, radicado 29.994 de 15 de julio de 2008.

De igual manera, debemos aseverar que cuando hay aceptación de cargos (allanamiento) desde la imputación, esta anuencia del imputado con los cargos se constituye en la acusación y, de conformidad con el artículo 293 de la Ley 906 de 2004, “sin que a partir de entonces sea posible la retractación de alguna de las partes”.

El artículo 336 del Código Procesal, Ley 906 de 2004, dispone que: “El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe”.

Y el artículo 343 del código adjetivo dispone que antes de finalizar la audiencia de formulación de acusación el juez tomará las siguientes decisiones:

1. Incorporará las correcciones a la acusación leída.
2. Aprobará o improbará los acuerdos a que hayan llegado las partes.
3. Suspenderá condicionalmente el procedimiento, cuando corresponda.

Concluida la audiencia de formulación de acusación, el juez fijará fecha, hora y sala para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a quince (15) días ni superior a los treinta (30) días siguientes a su señalamiento. A falta de sala, el juez podrá habilitar cualquier otro recinto público o privado para el efecto.

Entendemos dentro de este contexto que si la acusación debe cumplir con unos requisitos esenciales, la falta de aquellos verificados por el juez lo autorizan para negar la continuación de la audiencia, pues, deben existir elementos que permitan por lo menos acreditar la existencia del hecho y la presunta responsabilidad del convocado. De lo contrario, mal podría radicarse la acusación.

Diremos que, en este contexto, es fácil asegurar que la acusación es un acto de parte que no puede ser corregido por el juez de conocimiento en el momento de su presentación, pero que a su vez, ha sufrido un análisis somero de lo sometido a discusión y, por tanto, el hecho típico debe encontrar verificación y existir elementos discutibles (que para eso está el juicio) sobre la responsabilidad del o los radicados en la causa.

El concepto de acusación, en la Ley 906 de 2004, permite entenderse desde este contexto y responde a los principios de oficiosidad y legalidad que se establecen en el marco constitucional del artículo 250⁴.

4 En ejercicio de sus funciones, la Fiscalía General de la Nación deberá:

1) Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas.

La acusación es la culminación de la investigación y, por esto, a través del material de conocimiento recaudado se llega a la convicción de que existe mérito para residenciar en juicio de conformidad con el artículo 441 de la Ley 906.

La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo, *no* podrá en consecuencia suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal *salvo en los casos en que establezca la ley* para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de política criminal del Estado el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza funciones de control de garantías.

Desde esta perspectiva, una vez establecidos los extremos que dispone la norma constitucional y procesal, diríamos que la acusación se hace obligatoria, en los casos en que existan medios de conocimiento que generen la probabilidad de que una determinada persona o personas han concurrido en la realización de un acto delictivo. No obstante, es claro que si surgen mecanismos legales que permitan suspender, renunciar o interrumpir la acción, ellos procederán de conformidad con lo dispuesto en la ley adjetiva. Esto nos lleva a hacer el siguiente cuestionamiento: cuando se ha procedido a elevar escrito de acusación, o se ha realizado audiencia de formulación de acusación ante la autoridad competente, ¿quién tiene el dominio sobre la misma?

Este cuestionamiento, en un sistema de tendencia acusatoria, no tendría en mi opinión mayor discusión, pero dadas las condiciones particulares que hemos mencionado en el sistema colombiano debemos realizar una serie de precisiones en torno a ello, y por eso nos ocuparemos de auscultar fenómenos como el retiro de cargos del pliego

El juez que ejerza las funciones de control de garantías no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes. 2) Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes, al solo efecto de determinar su validez. 3) Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello. 4) Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías. 5) *Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.*

acusatorio, o las solicitudes de preclusión en etapa de juicio, o las pretensiones de extinción de la acción penal.

De las funciones de la Fiscalía General de la Nación surgen la de la acusación, y la prevista en el numeral 5 del artículo 250 de la CN cuando se dice que la Fiscalía deberá solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de investigación *cuando no hubiere mérito para acusar*.

La acusación es una forma de terminar la fase de averiguación ya que la Fiscalía concluye que tiene evidencia suficiente para ejercer la pretensión y por ello acusa. El juez de conocimiento inicia la fase del juicio una vez terminada la audiencia de formulación de acusación y, por lo menos, ha establecido sumariamente que el hecho sí existió y que hay elementos que deben ser debatidos y contradichos en juicio respecto de la responsabilidad del sujeto o los sujetos convocados.

Por eso consideramos que la definición de Armenta Deu⁵ nos permite aseverar que en Colombia se asume un modelo continental en lo que a acción penal se refiere, y por ello compartimos su afirmación de que

lo que caracteriza a los sistemas continentales es una configuración formal de la acción penal en la que los deberes y poderes asignados al órgano oficial de la acusación abarcan una llamativa variedad de diversos ordenamientos, en una línea en cuyos extremos sería la obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal [...] Los ordenamientos que proclaman el principio de obligatoriedad en el ejercicio de la acción penal dan prioridad a los valores como el carácter no dispensable ni instrumental de la legalidad, la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.

En segundo término podemos establecer que las decisiones sobre el ejercicio de la pretensión solo pueden darse una vez que se cuenta con elementos materiales probatorios que permitan determinar la probabilidad de la responsabilidad y de la existencia del comportamiento delictivo, dado que la acusación como ejercicio de la pretensión ante el juez activa la jurisdicción y empieza a comprometerse el órgano judicial para su definición.

Por esta razón consideramos que son fundamentales las respuestas que se puedan dar a los siguientes interrogantes que surgen ante esta problemática.

1. ¿Una vez formulada la acusación ante el juez de conocimiento, el fiscal puede retirarla ?

5 T. Armenta Deu. *Estudios sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 238.

2. ¿La solicitud de la preclusión por parte del fiscal en juicio es un retiro de la acusación?
3. ¿Es factible solicitar la preclusión de investigación (entendiendo en esta figura un retiro de acusación) ante el juez de conocimiento?
4. ¿Operan todas las causales de preclusión de investigación en etapa de juicio?

II. RETIRO DE LA ACUSACIÓN

En primer lugar debemos sostener que:

1. La acusación es un acto procesal que inicia la pretensión penal ante los jueces.
2. Se da después de haber valorado todos los elementos recogidos por el acusador.
3. Normalmente el rol del fiscal se contrae al deber de acusar cuando hay mérito y mantener la acusación que debe haber sido evaluada con toda responsabilidad por el ente acusador.
4. El retiro de la acusación debe ser excepcional.
5. Ante inexistencia de previsión que permita el retiro: ¿puede realizarse, o debe tener una previsión expresa en la ley como sucede en otras legislaciones?

Para poder abordar todos estos aspectos debemos afirmar que hay que observar y referirnos a otras figuras que contempla la ley procesal colombiana. Debemos aseverar que no existe normatividad en concreto que se refiera al retiro de la acusación y, por ende, es necesario analizar los mecanismos que pueden asemejarse a un retiro de acusación como sucede con la preclusión de investigación⁶, así como a lo previsto en el artículo 448 de la Ley 906: “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”, dado que la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁷ ha utilizado esta terminología en sus autos, como se puede advertir en algunas decisiones a este respecto.

6 El artículo 331 establece que: “En cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión si no existe mérito para acusar”.

El artículo 332 estipula que “El fiscal solicitará preclusión en los siguientes casos:

1. Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal;
2. Existencia de una causal que excluya la responsabilidad de acuerdo con el Código Penal;
3. Inexistencia del hecho investigado;
4. Atipicidad del hecho investigado;
5. Ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado;
6. Imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia;
7. Vencimiento máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294 de este código.

PAR. Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1 y 3 el fiscal, el Ministerio Público o la defensa podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión. El artículo 334 ordena que el juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio.

7 Corte Suprema de Justicia. Sentencia 28361, Sala Penal, M. P.: Augusto Ibáñez, 8 de octubre de 2008. Caso en contra de José Miguel Bernal Rodríguez del tribunal de Tunja. [...] Lo anterior dado que si no se solicita condena por alguno o algunos de los delitos que se acusó, se entiende que se retira la acusación. De idéntica manera debemos mirar la petición del fiscal de absolución dentro de una causa. (Recurso de queja 31005, Elizabeth Sanabria de Cortés, M. P.: Alfredo Gómez Quintero, 20 de enero de 2009. Solo en el nuevo sistema una petición de la fiscalía en *sentido absolutorio implica el retiro*

Siendo ello así, debemos precisar que la preclusión de investigación por mandato legal es una figura que opera normalmente en indagación a solicitud del fiscal ante el juez de conocimiento, quien en últimas es quien acepta o no la causal. No obstante, la legislación colombiana previó que en juicio puede ser solicitada, y esto merece varios comentarios: en primer lugar, si todas las causales pueden operar una vez nos encontramos en etapa de juicio, o solo las causales objetivas como lo sugiere el parágrafo de la norma y como lo han sostenido la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

El artículo 331 de la Ley 906 de 2004 señala que en cualquier momento el fiscal puede solicitar al juez de conocimiento la preclusión de la investigación⁸ si no existe mérito para acusar. En sede de juicio se habilita, además, al Ministerio Público y a la defensa, para que eleven similar solicitud pero por dos motivos únicamente: i) imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal (causal primera); ii) inexistencia del hecho investigado (causal tercera). El parágrafo del artículo 332 de la ley 906 de 2004 precisa: *“Durante el juzgamiento, de sobrevenir las causales contempladas en los numerales 1° y 3°, el fiscal, el Ministerio Público o la defensa, podrán solicitar al juez de conocimiento la preclusión”*. La regla es clara: antes del juzgamiento es potestad exclusiva del fiscal reclamar la preclusión por la totalidad de las causales previstas en el artículo 332, facultad que en sede de juicio se extiende al Ministerio Público y a la defensa, aun cuando en forma restringida como viene de verse. [...] 2. La legitimación en el proceso y el interés jurídico para recurrir la solicitud de preclusión. En relación con el tema, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho⁹: *1. Para determinar quiénes están facultados para recurrir deben dilucidarse dos factores: la legitimación dentro del proceso y el interés jurídico para recurrir. Lo primero, legitimación dentro del proceso, hace referencia a que el impugnante sea una parte o interviniente procesal, esto es, a quien el legislador, conforme a los lineamientos del Código de Procedimiento Penal del 2004 (Ley 906), reconoce como sujeto procesal para esos efectos. El estatuto faculta a la defensa para interponer y sustentar los recursos ordinarios (art. 125.7), de manera que si el representante del indiciado fue quien acudió a esa vía, no queda duda de que se trata de una parte habilitada para hacerlo. Por lo segundo, interés jurídico para recurrir o legitimación en la causa, se requiere no solo que la parte o el interviniente se encuentren autorizados por la ley para recurrir, sino que con la providencia motivo de la impugnación se les hubiese ocasionado un daño, un perjuicio. Si, por el contrario, la decisión*

de la acusación implica desistir de la teoría del caso pues la petición de absolución es vinculante. Cfr. artículo 448 sentencias del 13 de julio de 2006, radicado 15843 del 8 de noviembre de 2007, radicado 26411 del 13 de marzo de 2008, radicado 27413).

8 Las causales de preclusión están enunciadas en el artículo 332 de la Ley 906 de 2004.

9 Auto de segunda instancia del 1 de julio de 2009, radicado 31763.

no les causa ningún agravio no puede importarles su contenido al extremo de pretender su revocatoria y, en consecuencia, una pretensión con ese alcance está llamada al rechazo. Con ese entendimiento se tiene que en las fases previas al juicio oral los sujetos procesales, distintos al fiscal, carecen de legitimidad para solicitar la preclusión, por lo que su intervención en la audiencia es accesorio y limitada, siendo por ello que la ley solo los faculta para oponerse¹⁰ a la solicitud que es objeto de decisión¹¹.

Respecto a la interposición de recursos la limitación es idéntica: en la etapa de instrucción el fiscal es el único llamado para ello; los demás intervinientes (*considerados accesorios*) en esta instancia, pueden respaldar la postura u oponerse a ella, pero sin adicionarle elementos nuevos y sin que les sea permitido —insiste la Sala— hacer uso en forma autónoma de los medios de impugnación. Ello tiene su explicación: si la preclusión de la investigación invocada por la Fiscalía es negada por el juez con argumentos que convencen al ente acusador o peticionario, ello equivale a decir que la Fiscalía retira su petición y, en consecuencia, ningún otro sujeto procesal quedaría habilitado para invocar pretensión diversa o insistir en la ya negada¹². Para entender la preclusión recurramos al artículo 331 de la Ley 906 que lo prevé y establece que:

En cualquier momento el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión *si no existiere mérito para acusar*.

La preclusión de la investigación es una institución procesal, de amplia tradición en los sistemas procesales, que permite la terminación del proceso penal sin el agotamiento de todas las etapas procesales, ante la ausencia de mérito para sostener una acusación. Implica la adopción de una decisión definitiva, por parte del juez de conocimiento, cuyo efecto es el de cesar la persecución penal contra el imputado respecto de los hechos objeto de investigación, y por ende, se encuentra investida de la fuerza vinculante de la cosa juzgada¹³.

De la anterior transcripción podemos sostener que la preclusión de investigación puede surgir cuando no existe mérito para acusar, y por tanto, las causales previstas en

10 El artículo 333 inciso 3 de la Ley 906 de 2004 señala: “Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, el agente del Ministerio Público y el defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la decisión del fiscal”.

11 Corte Suprema de Justicia. Recurso dentro del radicado 34382 segunda instancia del Tribunal de Tunja que negó una preclusión solicitada por la Fiscalía en investigación, 15 de septiembre de 2010, M. P.: Augusto Ibáñez.

12 Se mantiene la misma línea de decisión expuesta por la Sala en auto del 27 de julio de 2010, radicado 34043.

13 Corte Constitucional. Sentencia C-920 de 2007.

el artículo 332 de la ley procesal penal quedarán enmarcadas en términos generales dentro de esta máxima.

Sin embargo, pueden presentarse algunas situaciones que nos hacen profundizar en el tema. Por ejemplo, iniciada la audiencia preparatoria surgen dudas sobre la participación de la persona convocada, o iniciado el juicio y la práctica de pruebas, se obtienen medios de conocimiento que hacen dudar de la participación del acusado o surgen elementos que lo eximen.

Hay causales como la primera y la tercera que están contempladas en el párrafo como las únicas posibles en el juicio, y también las del artículo 77, que son causales de extinción, que aunque no están dentro de este párrafo sí deben entenderse como causales objetivas¹⁴.

Así lo ha sostenido la Corte Constitucional¹⁵: se trata de un claro mandato para el fiscal de formular ante el juez de conocimiento la solicitud de preclusión, en aquellos eventos en que no hubiese podido recolectar evidencia, o elementos materiales de prueba que le permitan sostener una acusación. Es esta una hipótesis que se funda en los principios de presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, en los que tradicionalmente se ha inspirado la figura de la preclusión de la investigación.

...El régimen establecido por la Ley 906 de 2004 contempla dos oportunidades en que puede presentarse una solicitud de preclusión, supuestos que se encuentran perfectamente caracterizados por el momento procesal en que operan, las causales en que se pueden fundar y los sujetos legitimados para formularla. La primera oportunidad (arts. 331 y 332 inciso 1º) se presenta (i) durante la investigación (aún desde la fase previa), hasta antes de que el fiscal presente el escrito de acusación, (ii) se puede formular con fundamento en cualquiera de las siete (7) causales previstas en el artículo 332, y (iii) el legitimado para hacer la solicitud, según lo prevé la ley, es el fiscal.

La segunda, (párrafo art. 332) puede presentarse (i) durante el juzgamiento, (ii) únicamente con fundamento en dos (1ª y 3ª) de las causales previstas en el artículo 332, y (iii) los sujetos legitimados para formularla son el fiscal, el ministerio público y la defensa.

14 Corte Suprema de Justicia. Sala Penal: “La ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado como causal de preclusión supone la presencia de evidencia física o elementos materiales probatorios que transmitan la certidumbre sobre la total ausencia de compromiso del imputado en el hecho materia de investigación, esto es que a partir de los medios de cognición se pueda inferir con suficiente certeza que el indiciado no tuvo ninguna participación, ni como autor, ni como partícipe, vale decir que es totalmente ajeno a ella”. Auto de junio del 2009, radicado 31.537, M. P.: Augusto Ibáñez.

15 Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2008, M. P.: Humberto Sierra Porto.

En uno y otro caso, por tratarse de una decisión típicamente jurisdiccional, que pone fin a la acción penal, dirime de fondo el conflicto y hace tránsito a cosa juzgada, la solicitud debe ser resuelta por el juez de conocimiento.

La Corte Suprema de Justicia¹⁶ también ha considerado de manera unánime que la preclusión en juicio solo procede por causales objetivas.

III. ¿LA ADMISIÓN DEL RETIRO DE ACUSACIÓN MENOSCABA ALGÚN DERECHO O VULNERA ALGÚN PRINCIPIO?

En este punto nos referimos en concreto a los principios de legalidad, de oficiosidad, y también al derecho del acusado o de la víctima a su pretensión.

¿En Colombia puede ser posible el retiro de la acusación? Si el retiro de la acusación es una forma de interrumpir el ejercicio de la acción penal, en cumplimiento del principio de legalidad ¿no debería existir disposición para estos efectos que determine la forma de hacerlo, el momento de ejercer esa posibilidad y los efectos que cause el retiro de esa acusación? ¿La petición de absolución puede ser entendida como un retiro de la acusación? ¿El desistimiento de prueba en la causa puede ser entendido como retiro de la acusación? ¿La no petición de pena para determinados comportamientos acusados debe ser entendida como retiro de la acusación? ¿Qué sucede si aceptamos el retiro de la acusación? ¿Lo debe resolver de fondo el juez, o se puede desistir de la acusación y retirar el pliego de cargos?

En estas circunstancias consideramos que existen derechos comprometidos: los del acusado, los de la víctima y los de la sociedad, que ameritan una indagación respecto de todos estos puntos, pero además, al haber llegado a ese estadio procesal, existen una serie de expectativas, con fundamento en el cumplimiento de ciertos requisitos, que no pueden ser ignorados o simplemente marginados.

En Colombia, hasta ahora, no existe una posibilidad por parte de la víctima de elevar la pretensión ante los jueces, es el fiscal el que asume por mandato legal y constitucional la defensa de los intereses de esta. Y ante esta disyuntiva nos preguntamos: al no existir acusación privada ¿en qué situación queda la víctima?

16 La preclusión excepcionalmente puede ser solicitada por la defensa y el Ministerio Público: cuando se deja vencer el plazo máximo para formular acusación 294, (¿) y cuando en el juzgamiento se demuestre la imposibilidad de continuar el ejercicio de la acción penal o la inexistencia del hecho investigado, auto del 5 de octubre de 2007, radicado 28.294. La preclusión solo puede ser solicitada por causales objetivas en el juzgamiento, auto del 27 de abril de 2007, radicado 26.740, M. P.: Julio Socha Salamanca.

No hay duda, además, de que la preclusión de la investigación debe exigir motivación¹⁷, puesto que deben razonarse los supuestos que se invocan para determinar la procedencia o no de esta figura. De igual manera, hay una limitación impuesta respecto de la causal invocada, pues sobre ella solo podrá pronunciarse el juez de conocimiento. *No obstante, se ha aseverado también que esta solicitud de preclusión, mientras no sea decidida puede ser retirada por la Fiscalía, como lo aseveró la Corte*¹⁸.

Ahora bien, debemos indagar por una situación que acontece en algunos escenarios, cuando al haber remoción del fiscal que elevó la acusación, y asumiendo otro funcionario, decide cambiar de posición, y considera que los elementos que recogió el anterior fiscal no permiten acusar. Ante esta realidad debemos preguntarnos si la acusación es un acto personal de cada funcionario, o es un acto de la entidad. ¿Puede con los mismos elementos probatorios descubiertos, que sirvieron de base para la acusación, cambiar de posición el fiscal, bien el mismo o un reemplazo? ¿Es factible admitir una solicitud de retiro, de preclusión de investigación una vez se ha formulado la acusación? ¿Cuáles deben ser los requisitos si la respuesta es positiva?

Veamos cómo este punto en comentario resulta trascendental también para asumir posiciones. Aquí debemos sostener que los funcionarios actúan en representación de la Fiscalía General de la Nación, por lo que ellos representan a la institución. Una vez elevada la formulación de acusación, ya han iniciado el ejercicio de la pretensión que corresponde resolver al juez de conocimiento. Frente a la normatividad indicada en precedencia, de que no se puede renunciar, ni extinguir la acción, salvo las causas expresamente consagradas, debemos aseverar que la falta de regulación del retiro de acusación genera vacíos que deben ser asumidos prontamente por el legislador, puesto que no pueden aplicarse procedimientos análogos en cuanto que se menoscaban derechos fundamentales. El procedimiento en estos casos debe estar previsto en la legislación para cumplir con el principio de legalidad y el artículo 29 de la CN.

Pero tratando de responder los cuestionamientos hechos podemos aseverar que:

1. La acusación es una pretensión de la institución que tiene que cumplir con todos los requisitos de ley para poderse realizar, por lo que el funcionario que llegue a reemplazar al que acusó debe considerar este punto.
2. Si se ha elevado un pliego de cargos, si se ha formulado la acusación, es porque se ha cumplido con los requisitos previstos en la ley para ello y, por tanto, deben surgir evidencias que permitan acreditar la participación del sujeto acusado en el hecho delictivo, de lo contrario, estaríamos frente a formulaciones ilegales. Ahora,

17 Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia mediante auto 28908, M. P.: Yesid Ramírez Bastidas, del 8 de febrero de 2008.

18 Sentencia 1 de noviembre de 2007, M. P.: Alfredo Gómez Quintero.

si el nuevo funcionario discrepa de su antecesor, consideramos que no le compete solicitar la preclusión. Eventualmente debe asumir el proceso y practicar la prueba para llegar al momento de los alegatos a determinar cuál es la fuerza de la prueba que permita llegar o no a la certeza del hecho. Pero ante una formulación de acusación no podría, sin ninguna explicación, simplemente solicitar preclusión, por causal diversa a la explicada, o simplemente tratar de retirar la pretensión formulada. Y esto precisamente por la cantidad de derechos que están en juego como lo pudimos ver. Pero además, también en beneficio del acusado, pues deberán resolver de fondo sobre su situación.

3. Al no existir regulación del retiro de la acusación, debemos sostener que una vez que se incoa la pretensión del juez a través de la formulación de acusación, resulta importante establecer legislativamente cuáles son los requisitos y los efectos de ese retiro, pues si se deja simplemente que la Fiscalía retrotraiga la actuación de manera voluntaria, no sabemos cómo quede la situación del acusado, puesto que no se podría proferir una decisión que resuelva con efecto de cosa juzgada la situación del convocado a juicio, quien ya soporta una carga muy alta respecto de su presunta responsabilidad. Pero además, no hay norma que regule el estado en el cual quedará esa actuación de la Fiscalía. Y todas estas decisiones no podrán ser proferidas sin ley que las consagre.
4. Ante un retiro inesperado de la acusación, los derechos de las víctimas también quedan en el limbo, y la pretensión ejercida, que le da competencia al juez, lo excluye de su intervención frente a una eventual actividad de la Fiscalía que “desiste” de mantener la pretensión.

Este punto tendrá que explorarse aún más, simplemente lo dejamos expuesto para que se profundice en él, y esperamos que se proponga seriamente una regulación expresa sobre la figura del “retiro de la acusación”.

BIBLIOGRAFÍA

Armenta Deu, T. *Estudios sobre el proceso penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

Borthwick, A. E. C. *Principios Procesales*, Argentina, Mave editor, 2003.

Buitrago Ruiz, A. *La reforma procesal penal en Colombia Ley 906 de 2004*, Bogotá, Academia Colombiana de la Abogacía-Universidad Externado de Colombia, Editorial ABC, 2004.

SENTENCIAS

Corte Suprema de Justicia. Sentencia 28361, Sala Penal, M. P.: Augusto Ibáñez, 8 de octubre de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-920 de 2007.

Corte Constitucional. Sentencia C-806 de 2008, M. P.: Humberto Sierra Porto.